

**Co-referaat Michiel A. Heldeweg, n.a.v. prof.mr.dr. Y. Buruma, Grenzen van de rechtsstaat. Studium generale 26-09-2006**

Het betoog van Buruma biedt wat mij betreft een spannend perspectief op de grenzen van de rechtsstaat. Het toont m.i. ook weer aan hoe geschikt het strafrecht (in ruime zin) is om knelpunten en dilemma's in het recht op scherp te stellen. Vanuit het bestuursrecht kijk ik wel eens met enige jaloezie naar de fraaie strafrechtelijke casuïstiek – hadden wij ook maar zulke boeiende verhalen!

Niettemin, vandaag zal ik een staatsrechtelijke pet opzetten en hopelijk biedt dat enige verlichting. Het betoog van Buruma wil ik plaatsen in de context van de verhouding tussen rechtsstaat en verzorgingsstaat en tussen rechtsstaat en democratie. Grote begrippen, maar ik zal proberen het concreet te houden. Mijn kernvragen zijn of de rechtsstaat in handen is gevallen van de verzorgingsstaat en of in de rechtsstaat de democratie nog de baas is.

De ontwikkelingen op de drieslag Veiligheid, Vrijheid en Rechtvaardigheid zijn wat mij betreft prachtige voorbeelden van hoe de rechtsstaat in handen is gevallen van de verzorgingsstaat. Ik plaats de verzorgingsstaat daartoe tegenover zijn voorganger, de nachtwakerstaat. Deze benamingen verwijzen naar de dominante politieke agenda van de overheid en naar een bepaalde relatie tussen overheid, samenleving en burger.

In de nachtwakerstaat is concentratie van de overheid op kernactiviteiten zoals vrede, veiligheid en openbare orde uitgangspunt; andere zaken behoren liefst tot het domein van burgers en marktpartijen onderling.

In de verzorgingsstaat strekt de overheid haar ambities uit tot welvaart en welzijn, tot individuele rechtsbedeling en materiele gelijkwaardigheid; er is vrijwel niets dat zich aan overheidsinvloed onttrekt. Saillant is de wijziging, een collega wees maar daar eens op, in de vertelling genaamd de Rattenvanger van Hamelen. In oude edities luidt het dat nadat de plaag is uitgebroken burgers uitroepen: 'iemand moet hier iets aan doen'. In de moderne edities staat: 'de overheid moet hier iets aan doen.'

Als we nu kijken naar Veiligheid, Vrijheid en Rechtvaardigheid dan valt op (en ik chargeer mijn stellingen enigszins):

1. Veiligheid was altijd een klassieke nachtwakerstaak, die we als burgers aan de overheid overlieten, wat ook wil ook zeggen dat aan de overheid een ruime mate van discretie werd gelaten bij de nadere bepaling van doelen en de keuze van middelen. Invloed vanuit de samenleving was hooguit onderwerp van politieke meningsvorming, via verkiezingen. Nu is veiligheid een dienst geworden waarop wij individueel aanspraak maken en waarop we de overheid liefst direct willen afrekenen.

2. Vrijheid was in het perspectief van de nachtwakersstaat een autonome gegevenheid – althans als 'vrijheid van' (voor velen beslist niet als 'vrijheid tot'). Niet alleen zitten we elkaar tegenwoordig fysiek dicht op de huid, maar in de verzorgingsstaat is 'vrijheid tot' een rechtens onderschreven ambitie van elk individu en een doorkruising daarvan vraagt om bescherming en anders wel om compensatie.

3. Voor Rechtvaardigheid was het klassieke beeld dat van de verdelende rechtvaardigheid voor het overheidsingrijpen (in de publieke sfeer) en vergeldende rechtvaardigheid voor het handelen van burgers onderling (in de private sfeer), maar nu lijken verhoudingen door elkaar te gaan lopen. Als veiligheid

een dienst is zien we dat eerder als een aanspraak en daarmee als iets waarbij een tekortschieten door de dienstverlener volledig vergolden moet worden. Omgekeerd zitten we er sneller bovenop als we in horizontale relaties, als burgers onder elkaar, zien dat sommige personen of groepen meer diensten, zoals veiligheid, weten te scoren dan wijzelf.

Ik zeg niet dat ik die ontwikkeling verkeerd vind maar volgens mij is waakzaamheid wel geboden. Lawrence Friedman heeft in rechtssociologische termen, in zijn boek *Total Justice*, aandacht gevraagd voor het verschijnsel van een groei in juridische rechten en aanspraken en het ontstaan van hoge, te hoge verwachtingen van het rechtssysteem en een roep om compensatie waar juridische verwachtingen niet worden ingelost. Zelf wil ik enkele staatsrechtelijke opmerkingen plaatsen bij de noodzaak tot waakzaamheid.

Allereerst leidt de omarming van de rechtsstaat door de verzorgingsstaat tot een herdefinitie van de rechtsstaat. Van oudsher staat de rechtsstaat voor beteugeling van de overheid. Die overheid, mag best heel actief zijn, maar waar het om gaat is dat de overheid zich houdt aan de regels van het recht. Soms is dat aan eigen regels, zoals vastgelegd in wetten, soms is dat aan ongeschreven recht, afgeleid uit de maatschappelijke rechtscultuur. De ontwikkeling die wij nu zien is dat de overheid niet wordt aangesproken om zichzelf aan de regels te houden (al overheerst dat wel in het Schipholdebat), maar vooral om burgers aan de regels te houden: de rechtsstaat staat voor rechtshandhaving jegens burgers, voor toezicht, opsporing, vervolging en sanctionering en uiteindelijk ook voor een juridisch verwijt aan de overheid als deze zich in die handhavende taak te passief toont.

De vraag die hierbij rijst is of een aldus begrepen rechtsstaat, de verzorgende rechtsstaat, niet te hoog is gegrepen en ons met valse verwachtingen het bos in stuurt of erger, conflicten genereert die de rechtsstaat zelf niet de baas kan en conflicteren met de verzorgingsstaat. Mijn stelling voor vanavond is dat de verzorgende rechtsstaat kan werken, maar net als bij andere dienstverlening in de verzorgingsstaat, kan dit alleen als wij een weg vinden om een ‘tragedy of the commons’, een marktgestuurde overbenutting van gemeenschapsvoorzieningen, te voorkomen. Volgens mij is in toe- en verdeling van veiligheid en daarmee verbonden offers (in privacy) een accent op politieke menings- en besluitvorming cruciaal.

Het is als in de sociale zekerheid. Natuurlijk onmisbaar en een systeem dat goede diensten kan bieden, maar als teveel mensen er een beroep op doen en hun private aanspraken op steun exclusief voorop stellen, wordt het op enig moment toch echt onbetaalbaar en een economisch blok aan het been. Een trend waarin veiligheid en vrijheid in individuele aanspraken worden vertaald die rechtens moeten kunnen worden verzilverd, waarin de rechtsstatelijke dienstverleners zoals politie, openbaar ministerie en rechtspraak onder toenemende druk komen te staan om goed, beter en meer te presteren, kan omslaan in afwenteling, formalisme en ketenomkering, zoals bij het scoren van processen verbaal van snelheidsovertredingen op volstrekt ongevaarlijke plaatsen, bij minimaal gemotiveerde strafvonnissen, bij camera’s op elke straathoek en bij preventief fouilleren of hinderlijk volgen. Stuk voor stuk zaken waaraan mede ten grondslag ligt dat ‘het apparaat’ op de een of andere wijze de toenemende handhavingsdruk moet kunnen kanaliseren of afleiden. Ook zien we een reactie naar privatisering, want als de outputlegitimatie van de rechtshandhaving niet naar

wens is, zoeken we het toch in particuliere ordehandhavers. De gevolgen voor gelijke rechtsbedeling lijken dan niet meer te spelen, de verzorgende rechtsstaat gaat over in de transactiestaat.

In een economische visie op het schaarse goed genaamd veiligheid, is denken in aanspraken en de greep naar het marktmechanisme niet onbegrijpelijk – al valt te vrezen dat de publieke dienstverleners daarmee ook toenemend als private actor worden aangesproken. Dat gebeurt dan vanzelf met verwachtingen en middelen die in het consumentenrecht, bij interacties op basis van ruilverhoudingen, gangbaar zijn, maar die in het perspectief van gezagsuitoefening door eenzijdige normstelling en eenzijdige handhaving niet erg passend lijken...

Mijn appèl is erop gericht dat we voor een cruciale voorziening als veiligheid en de grenzen die wij willen stellen aan daarmee samenhangende inbreuken op onze eigen vrijheid en privacy, vooral investeren in de publieke en politieke meningsvorming. Enerzijds omdat vrijheid meer is dan de som van individuele wenspakketten op de markt van veiligheidsaanbieders; anderzijds omdat publieke en politieke verantwoordelijkheid een matigend effect kan hebben op door persoonlijke aanspraken veroorzaakte druk op zowel de rechtsstatelijke dienstverlening alsook op de privacy van individuele burgers.

Laat ik daar als hopelijk verfrissend reactionair argument dan ook maar aan toevoegen dat investeren in publieke menings- en wilsvorming en in het politieke primaat, de kans vergroot dat de instituties van de rechtsstaat kunnen bogen op groter vertrouwen en daarmee een meer stabiliserende bijdrage kunnen leveren aan het maatschappelijke welbevinden.

Zo ben ook ik dan, ten slotte, bij de relatie tussen rechtsstaat en democratie. Democratie is een modus van politieke wilsvorming in de staat, bij ons de rechtsstaat, die – kortgezegd – rust op het gelijkheidsbeginsel en op de meerderheidsregel. Rechtsvorming is in een democratie, in elk geval wat het geschreven recht betreft, een zaak van meerderheidswilsvorming. In de rechtstaat in klassieke zin kan die rechtsvorming slechts plaatsvinden binnen de grenzen van het reeds gevormde en ongeschreven recht, zoals het gelijkheidsbeginsel, maar ook de vrijheid van meningsuiting en het recht van vereniging en vergadering. Anders gezegd: sommige grondrechten zijn nodig om democratie mogelijk te maken. Tegelijkertijd kan het verabsoluteren daarvan, in feite van de klassieke rechtsstaat, in de weg staan aan democratische wilsvorming. M.i. kunnen we hoog of laag springen maar hier doet zich een paradox voor die zich niet logisch laat oplossen. Hooguit kunnen we proberen slimme mechanismen te ontwikkelen om deze spanning, waar de heersende meerderheid de toevallige minderheid dreigt te overvleugelen, door open meningsvorming op te lossen, of dat nu is door grondwetswijzigingen slechts bij versterkte meerderheid en in meerdere rondes mogelijk te maken, of door hantering van constitutionele toetsing, door internationaalrechtelijke waarborgen, of door eisen die men stelt aan grondwetgetrouwheid van partijen of verkozenen, is iets dat m.i. naar de maat van de eigen rechtscultuur moet worden ingevuld.

Hoewel het debat over de Shari'a een democratische paradox bloot legt, is wat mij betreft de wenselijkheid van een democratisch primaat over de balans tussen veiligheid en privacy, met reflectie op relevante grondrechten, maar ook op democratische controle op rechtshandhaving, klip en klaar. Als we dat uit het oog verliezen valt te vrezen dat de verzorgende rechtsstaat uitloopt op de transactiestaat enerzijds (met veiligheid als

consumptiegoed) en op populistisch ongenoegen anderzijds – ik bedoel het ongenoegen van ‘hun rechtsstaat is de mijne niet’; het ongenoegen dat uitloopt op eigenrichting.

Daarin past natuurlijk ook dat we investeren in de transparantie van de rechtshandhaving en rechtspleging, in de kwaliteit daarvan, zoals ter voorkoming van missers, maar ook in het geven en nemen van politieke verantwoordelijkheid. Wat het laatste betreft zie ik uiteindelijk meer in politieke verantwoordelijkheid voor een falende overheid (zoals door aftredende ministers), dan in een strikt juridische verantwoordelijkheid, zoals door toepassing van straf- en civielrechtelijke sancties en compensaties. Die laatste hebben hooguit een aanvullende betekenis; als zij gaan overheersen wordt veiligheid als collectief goed m.i. eerst onbetaalbaar en dan onbestaanbaar .